

Expectativas Legítimas dos Consumidores nos Planos e Seguros Privados de Saúde e os Atuais Projetos de Lei¹

CLAUDIA LIMA MARQUES

Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Mestre em Direito pela Universidade de Tübingen, Alemanha e
Doutora pela Universidade de Heidelberg

INTRODUÇÃO

Três valores são cada vez mais raros e, por isso, valiosos no mundo atual: segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros. Estes três valores são oferecidos no mercado através dos planos e seguros privados de saúde, os quais possibilitam a transferência legal de riscos futuros envolvendo a saúde do consumidor e de seus dependentes a serem suportados por empresas de assistência médica, cooperativas ou seguradoras, prometendo a seu turno segurança e previsibilidade, face ao pagamento constante e reiterado das mensalidades ou prêmios. A relação entre paciente e médico sempre foi caracterizada como uma relação de confiança.² No mundo de hoje, parte desta confiança (*fides*) vai ser transferida para o organizador destes planos e seguros,³ confiança que o consumidor deposita na adequação e qualidade dos serviços médicos intermediados ou conveniados, na previsibilidade do financiamento leal dos eventos futuros relacionados com saúde.

Na prática, porém, multiplicam-se os problemas envolvendo os serviços prestados por seguradoras ou empresas de assistência médica face a abusividade dos contratos de medicina pré-paga ou dos contratos de seguro-saúde; face ao desrespeito dos patamares de boa-fé na execução destas relações de consumo, face a criatividade quase sem limites dos elaboradores das regras contratuais, que abusando de sua posição de poder (*Machtposition*), contam com a passividade da maioria dos consumidores e com eventuais dissidências nos Tribunais principais.

Expectativas de prestação de um serviço seguro, previsível e de adequada qualidade no tratamento dos problemas de saúde do consumidor e sua família são despertadas no mercado através das atuais vendas agressivas de porta em porta ou através do massivo uso da publicidade comercial, sem que estas expectativas (agora) legítimas sejam cumpridas na prática e sem que direitos correspondentes sejam assegurados nos contratos destes planos de saúde e nos contratos de prestação de assistência médica. Ao contrário, tais textos contratuais massificados procuram exonerar o fornecedor de ter que assumir seu risco próprio profissional, qual seja ter que realizar com adequação e qualidade o objeto do próprio contrato, isto é, cobrir os riscos de saúde de seus associados, conveniados e clientes.

Sem um efetivo controle social, sem a formação de uma jurisprudência majoritária ou pacífica, observa-se hoje no mercado brasileiro um retrocesso nos níveis de proteção do consumidor de serviços de saúde. Este nível de proteção procurou ser assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), mas pode sofrer um novo abalo, se as práticas abusivas atuais de algumas empresas de seguro-saúde passarem a ser incluídas como normas legais, com a aprovação dos atuais Projetos de Lei, em especial do Substitutivo ao PL nº 4.425/94 do Senado Federal.

Urge uma mais efetiva e geral aplicação do Código de Defesa do Consumidor na área de saúde. Só assim a esperada harmonia e boa-fé nas relações entre consumidor e fornecedor de

serviços será restabelecida. Urge uma análise mais profunda e atenta aos projetos legislativos que tramitam em nosso Parlamento, assim como a devida manifestação dos setores envolvidos, pois tais projetos de lei podem transformar em conduta legal, condutas de intrínseco potencial abusivo, claramente contrárias ao disposto hoje pelo C.D.C. É nesse sentido que voltamos ao tema dos contratos de seguro-saúde⁴ para analisar em um primeiro momento o regime atual das relações de consumo envolvendo saúde, isto é, dos contratos entre seguradoras e prestadoras de medicina de grupo e os consumidores(I) e, em um segundo momento, analisar os projetos legislativos existentes e qual seria o regime jurídico proposto para estes contratos e relações uma vez aprovados (II).

I – REGIME ATUAL DOS CONTRATOS DE SEGURADORAS E PRESTADORAS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E MEDICINA DE GRUPO

Dois tipos básicos de contratos envolvendo prestação de serviços de saúde existem: os contratos de assistência médica, contratos geralmente firmados entre médicos e seus clientes, entre hospitalares, grupos hospitalares e seus pacientes objetivando a *prestação direta* de serviços de saúde, tratamentos, operações, elaboração de exames etc; e os contratos de seguro-saúde, que envolvem a *prestação geralmente indireta* e organizada em forma de uma cadeia de fornecedores principais e auxiliares, de autorizações, franquias e reembolsos, visando cobrir a prestação de serviços médicos no futuro, em caso de necessidade. A maioria dos contratos de planos de saúde e de medicina em grupo caracteriza-se, face ao disposto nos artigos 129 e 135 do Decreto-Lei nº 73/66, como contratos de seguro-saúde. Este último tipo contratual é que interessa a nossa análise e que aqui será chamado de contratos de seguradoras e prestadoras de assistência à saúde e medicina em grupo, tendo em vista a denominação prevista no Projeto de Lei do Senado que, parece-nos, tende a incluir todos os planos e contratos de saúde em grupo como seguros e que será examinado na segunda parte deste trabalho.

O contrato de seguro-saúde vem, pois, definido e regulado em lei específica, o Decreto-Lei

nº 73 de 21 de novembro de 1966, lei reguladora dos seguros em geral. Segundo os artigos 129 e 135 do Decreto-Lei nº 73/66 são duas as modalidades contratuais que podem ser denominadas hoje de seguro-saúde: os contratos envolvendo reembolso de futuras despesas médicas eventualmente realizadas e os contratos de medicina pré-paga. No primeiro caso, os contratos de reembolso caracterizam-se pela relação tênue entre o serviço médico prestado, livremente escolhido pelo consumidor e a prestação da seguradora ou empresa de grupo bancário que administra este sistema de seguro-saúde (art. 129) e que somente reembolsa -totalmente ou parcialmente- as quantias pagas pelo consumidor pelo uso dos serviços médicos e hospitalares. A prestação de reembolso é direta, mas indireta é a relação e, portanto, a eventual solidariedade entre o segurador e o prestador direto de serviços de saúde ao consumidor (médico, hospital conveniados etc.). A segunda modalidade de seguro-saúde é a mais utilizada pelas cooperativas de médicos e redes hospitalares, onde há uma prestação direta de serviços médicos, pois já houve o pré-pagamento destas eventuais despesas médicas (art. 135). Esta modalidade de medicina pré-paga é hoje utilizada também pelas seguradoras e empresas de medicina em grupo, pois seus planos escolhem médicos e hospitais conveniados, onde a utilização por parte do consumidor não necessita de pagamento e posterior reembolso, mas inclui-se na idéia de serviços pré-pagos através dos prêmios dos seguros.

Estes contratos caracterizam-se como contratos cativos de longa duração⁵, categoria que procuramos examinar na segunda edição de nosso livro sobre contratos⁶, procurando demonstrar a vinculação estreita e reiterada entre o fornecedor/organizador dos serviços, no caso as seguradoras, empresas bancárias, empresas de medicina em grupo etc. e os consumidores. Estes consumidores contribuirão durante anos para a empresa, utilizando ou não os seus serviços regularmente a depender do estado de saúde do consumidor e de sua família, sempre porém, na expectativa de alcançarem uma certa segurança e tranquilidade em caso de eventos danosos a saúde no futuro. O centro destes contratos é, portanto, a transferência contratual de riscos futuros envolvendo saúde.

A — Redação e Execução dos Contratos Conforme a Boa-fé: Deveres de Conduta e de Cooperação Mínimos

O Código de Defesa do Consumidor impõe para as relações envolvendo prestação de serviços onerosos no mercado um patamar mínimo de boa-fé objetiva nestes contratos e relações de consumo (art. 4, inciso III do C.D.C.).⁷ Boa-fé significa aqui um nível mínimo e objetivo de cuidados, de respeito e de tratamento leal com a pessoa do parceiro contratual e seus dependentes.⁸ Este patamar de lealdade, cooperação, informação e cuidados com o patrimônio e a pessoa do consumidor é imposto por norma legal, tendo em vista a aversão do direito ao abuso e aos atos abusivos praticados pelo contratante mais forte, o fornecedor, com base na liberdade assegurada pelo princípio da autonomia privada. O C.D.C. presume o consumidor como parceiro contratual mais vulnerável por lei (art. 4, inciso I do C.D.C.) e impõe aos fornecedores de serviço no mercado brasileiro um patamar mínimo de atuação conforme à boa-fé. O Princípio da Boa-fé nas relações de consumo, incluindo as envolvendo direta ou indiretamente a prestação de serviços de saúde (art. 3, §2 do C.D.C.), atua limitando o princípio da autonomia da vontade (art. 170 *caput* e inciso V da Constituição Federal de 1988) e combatendo os abusos praticados no mercado.⁹

1. Redação Clara, Destaques e Informação Correta do Consumidor

Para atingir este patamar mínimo de boa-fé em todas as relações contratuais envolvendo saúde e em especial nos seguros-saúde regula o C.D.C. não somente o prestar dos fornecedores, isto é, os seus deveres de prestação, mas também seus deveres básicos de conduta.¹⁰ O C.D.C. regula, assim, a relação contratual em sua totalidade, mesmo o seu momento preparatório, onde desde já exige deveres de conduta leal, e no seu momento de execução. No momento preparatório impõe deveres de informação clara e correta (art. 30 e 31 do C.D.C.), impõe deveres de redação contratual precisa e compreensível (art. 54 § 3º do C.D.C.) e de destaque especial para as cláusulas limitativas dos direitos dos consumidores (art. 54 § 4º do C.D.C.), sob pena destas

cláusulas não obrigarem os consumidores (art. 46 do C.D.C.) e sob pena das informações mal prestadas poderem ser exigidas (art. 20 e 35 do C.D.C.), isto é, do fornecedor ter de realizar as expectativas legítimas criadas nos consumidores por sua atuação. Neste sentido acórdão basilar do Tribunal de Justiça de São Paulo destaca a importância da informação do consumidor do conteúdo do contrato de adesão, afirmando: *"A cláusula que exclui o direito à internação hospitalar, em letras bem pequenas, evidencia que a contratada não cumpriu com a obrigação legal de dar destaque às limitações do direito do consumidor (art. 46 do C.D.C.). De se concluir, portanto que, o caso sub judice não pode ser solucionado pura e simplesmente com a invocação do vetusto princípio do pacta sunt servanda, já que, tratando de relacionamento contratual de adesão, formado entre consumidor hipossuficiente e iletrado e empresa de assistência médico-hospitalar dirigida por médico, incide com toda sua plenitude o Código de Defesa do Consumidor, sendo de rigor a aplicação do arts. 46 e 47 do Codex. A conclusão, portanto, é a da procedência da ação para o fim de reconhecer a responsabilidade da contratada pelo pagamento das despesas médico-hospitalares decorrentes da internação do contratante."*¹¹

O dever de informar é imputado pelo C.D.C. ao fornecedor (*caveat venditor*) e não ao consumidor (*caveat emptor*); logo, se o fornecedor descumprir seu dever de informar, violar o direito à informação agora assegurado ao consumidor (art. 6 III do C.D.C.), estará em verdade inadimplindo sua obrigação contratual.¹²

A informação adequada e clara, por exemplo, sobre os diferentes planos de saúde à sua disposição, sobre as exclusões, sobre os limites temporais, preço, sobre as carências, sob as sanções possíveis face ao descumprimento contratual do consumidor, a informação é obrigação do fornecedor de serviços de saúde (art. 30, 31 e 20 do C.D.C.), que responde também pela atuação e promessas de seus vendedores e representantes (art. 34 do C.D.C.).¹³ Informar correta e previamente o consumidor é um dever de conduta segundo a boa-fé imposto ao fornecedor de serviços pelo C.D.C. (art. 6, inciso III c/c art. 30 e 31 do C.D.C.). É dever de conduta cuja violação representa vício do serviço (art. 20 do C.D.C.), ensejando reexecução do serviço, redi-

bição ou diminuição no preço pago, a depender a sanção da escolha, logo, do interesse do consumidor (art. 20 *caput* e incisos I, II e III do C.D.C.).

2. Execução Contratual Conforme a Confiança Despertada: Riscos de Saúde e Riscos Profissionais

Os contratos de seguro-saúde são contratos aleatórios. O alies presente nestas relações refere-se, porém, à necessidade ou não do prestar do fornecedor. Certa é, porém, a qualidade e a quantidade desta prestação do fornecedor. Ocorrendo o evento futuro e incerto, no caso o problema de saúde, futuro envolvendo a saúde do consumidor e/ou de sua família, enquanto dependentes, assegura o contrato de seguro-saúde, enquanto submetido ao patamar mínimo de boa-fé e equidade nas relações de consumo estabelecido pelo C.D.C., uma prestação certa, uma prestação direta ou indireta dos serviços médicos contratados ou conveniados, um reembolso célere das quantias pagas ao médico ou hospital, em caso de seguro-saúde na modalidade de reembolso (art. 129 do Decreto-Lei nº 73/66).

Estes serviços fornecidos pela empresa de medicina em grupo ou por seus médicos conveniados deverão possuir a qualidade esperada e assegurar a segurança normal deste tipo de prestação de serviços. O C.D.C. estabelece duas garantias legais quanto aos serviços prestados no mercado brasileiro: a garantia legal de adequação do serviço ao fim que dele se espera (art. 24 C.D.C.) e a garantia legal de segurança do serviço (art. 8 c/c art. 14 do C.D.C.). Estas garantias significam a impossibilidade da transferência destes riscos para o consumidor através de cláusula contratual em benefício do fornecedor. Tais cláusulas ficam proibidas pelo art. 25 do C.D.C. e deverão ser consideradas como abusivas pelo aplicador da lei com base no art. 51, I e IV do C.D.C. Em outras palavras o C.D.C. proíbe a renúncia unilateral pelo consumidor de seus novos direitos. O contrato de seguro ou plano de saúde, mesmo solene, deve ser interpretado pró-consumidor (art. 47 do C.D.C.), declaradas nulas as cláusulas abusivas pactuadas ou presentes na apólice.

As informações prestadas pelos funcionários e vendedores,¹⁴ pela publicidade, pelos pros-

pectos e manuais entregues¹⁵ e pelo próprio nome do plano de saúde criam expectativas (agora) consideradas legítimas, que, uma vez descumpridas, caracterizam um inadimplemento contratual.¹⁶ Por exemplo, se a qualidade apreçoada, o exame prometido, a cobertura de determinada doença, a inclusão de filho recém nascido, o atendimento de emergência ou a internação pactuada não foi cumprida há falha no serviço.

A execução é falha, pois é aquém do informado, do prometido ou veiculado, como em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 5 de agosto de 1992, onde cláusula contratual autorizava de maneira genérica a possibilidade "de ocorrer limitações nas coberturas contratuais". Tendo a empresa internamente limitado estas coberturas quanto aos honorários médicos a 50 Unidades de Serviço, a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça/RS considerou que houve falha na informação pré-contratual e, portanto, tal limitação não era aplicável ao consumidor afirmando: *"A obrigação de bem explicar o plano de saúde é da empresa ofertante do plano, cabendo-lhe a obrigação inafastável de bem informar seus clientes efetivos ou potenciais de todos os termos do contrato."* Tal cláusula era também claramente abusiva, pois permitia a mudança unilateral do conteúdo do contrato por parte do fornecedor (art. 51, XII do C.D.C.); a solução do Tribunal foi, porém, mais efetiva do que a simples declaração de nulidade uma vez que, de forma analógica, utilizou o espírito do art. 46 do C.D.C., que desobriga o consumidor frente às obrigações contratuais assumidas, sem que ao consumidor tenha sido dada a adequada oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo verdadeiro do contrato.¹⁷

Se o conteúdo contratual foi reduzido unilateralmente ou por má prestação (o responsável pela organização, por exemplo, do plano cancela o convênio com importante hospital ou entidade que dava apoio especial a determinado tipo de doença etc.), a execução está incompleta ou imprópria, há inadimplemento parcial, há quebra da base do negócio. O C.D.C. inova dispondo em seu art. 20 que há vício do serviço, neste caso específico de disparidade entre as informações prestadas, que despertaram a confiança do consumidor, que o levaram a contratar, e a qualidade do serviço efetivamente prestado. Em caso de vício do serviço por informação, o

consumidor poderá exigir ou a reexecução do serviço, ou a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço (art. 20 do C.D.C.).

3. Deveres de Cuidado e Cooperação: Adimplemento Contratual Total

Os deveres anexos oriundos do princípio de boa-fé positivado no C.D.C. não se restringem aos deveres de informação, mas incluem mais dois importantes deveres: o de cuidado e o de cooperação.

O dever de cuidado refere-se aos cuidados redobrados que os parceiros contratuais devem ter durante a execução ou os atos preparatórios à execução contratual para não causar dano ao parceiro contratual, por exemplo, divulgando seus segredos profissionais revelados na fase de tratativas, ou divulgando informações sobre as posses e a condição financeira de seu parceiro, em um contrato submetido ao regime de sigilo bancário ou informações falsas sobre a situação financeira do consumidor, conseguidas através de um banco de dados montado pelo fornecedor.¹⁸ Estes cuidados referem-se ao patrimônio do parceiro contratual e a sua honra e ao seu crédito e imagem na sociedade, bens extrapatrimoniais protegidos atualmente pelo direito, cuja violação faz nascer o dever de indenizar (art. 6 VI do C.D.C.).¹⁹

Nos contratos envolvendo saúde o dever de cuidado pode voltar-se, por exemplo, à não-divulgação de dados sobre a saúde do consumidor (pessoa portadora do vírus HIV, por exemplo). O dever de cuidado refere-se também a um dever de segurança intrínseco à prestação conforme a boa-fé de um contrato de consumo, assim deve o fornecedor cuidar quando da utilização de um meio técnico (por exemplo, instrumentos, exames, laboratórios, medicamentos, plasma etc), que estes meios sejam próprios e de qualidade para realizar o objeto do contrato, para executar a sua obrigação de fazer da forma adequada. A imposição deste dever de cuidado no contrato tem por fim preservar a integridade pessoal (moral ou física) e a integridade do patrimônio do parceiro contratual.²⁰

O dever de cooperação é também um importante dever anexo em matéria de contratos envolvendo planos e seguros de saúde, uma vez

que estes contratos tendem a se protraírem no tempo, sendo a execução contratual não contínua a depender da necessidade do consumidor, isto é, da existência ou não de problemas de saúde ou exames regulares a realizar. O dever de cooperação concentra-se na execução e impõe um novo patamar de boa-fé e respeito quando a prestação contratual do consumidor é necessária.

Ambos os contraentes devem cooperar para que o co-contraente possa adimplir, possa realizar a sua prestação contratual. Assim, se o consumidor deve adimplir, deve pagar as mensalidade ou o valor do seguro-saúde, deve a empresa possibilitar e não impedir ou dificultar este pagamento, deve estabelecer horários e locais compatíveis e não exigir, por exemplo, que uma pessoa doente venha adimplir pessoalmente etc. ou qualquer exigência sem fundamento, cujo intento é beneficiar-se da eventual inadimplência do consumidor em consequência das exigências contrárias à boa-fé.

Da mesma forma quando a empresa de assistência médica ou de seguro-saúde está obrigada a adimplir não deve, por exemplo, exigir uma série de documentos ou exames não efetivamente necessários, somente para impedir ou desmotivar o consumidor a exigir aquele tipo de prestação contratada e integrante do objeto do contrato envolvendo saúde.²¹ Agindo desta forma estará a empresa violando seu dever anexo de cooperação, dever de boa-fé, está adimplindo mal, inadequadamente e o consumidor pode exigir suas expectativas legítimas, face ao vício do serviço (art. 20 e 35 do C.D.C.).²² As exigências quanto à comunicação da internação também devem seguir este novo patamar de boa-fé e cooperação nos contratos de consumo.²³

B — Cláusulas Contratuais Principais e a Proteção da Confiança do Consumidor

1. Cláusulas Referentes a Transferência dos Riscos de Saúde

O contrato de seguro-saúde e os planos oferecidos no mercado devem especificar quais riscos de saúde estão efetivamente cobertos por este plano ou relação contratual, em outras palavras quais as doenças ou eventos cujo tratamento será suportado pelo plano ou seguro e quais as pessoas efetivamente incluídas. A presunção é

de que as doenças e eventos de saúde não especificamente excluídos estão cobertos pelo contrato de seguro-saúde ou plano, em virtude da garantia legal de prestação de serviços adequados e da qualidade necessária a realização das expectativas legítimas do consumidor. (art. 24 e 25 do C.D.C.). A interpretação das cláusulas contratuais e do contrato em sua totalidade deve — *ex vi lege* — ser sempre a favor do consumidor (art. 47 do C.D.C.).

Dentre as cláusulas que têm despertado o maior número de reclamações e disputas está a cláusula contratual que exclui da cobertura do plano ou seguro-saúde doenças "crônicas" e "genéticas". Estas denominações são genéricas em demasia, pois teoricamente todas as doenças podem ter um fundo genético ou quase todas podem evoluir para um estado que possa ser considerado "crônico". Estas denominações genéricas violam a confiança despertada no consumidor, impedem a realização de suas expectativas legítimas de um cumprimento adequado e previsível por parte do organizador do plano ou seguro-saúde no que se refere aos eventos de saúde futuros. Esta cláusula impede a realização do objeto do próprio contrato, desequilibra sobremaneira os direitos do consumidor assegurados por esta relação contratual, que pode a todo o momento ser "mutilada" pela inclusão da doença do consumidor ou de seus dependentes dentre esta categoria por mais que genérica das doenças "congenitas, genéticas, crônicas etc". Tais cláusulas ao desequilibrar a relação contratual atentam contra o patamar mínimo de boa-fé nas relações contratuais de consumo e devem ser declaradas abusivas pela jurisprudência com base no art. 51 inciso IV do C.D.C. Tais declarações têm acontecido, mas pela pequena monta dos litígios, geralmente, em sede de Juizado Especial de Pequenas Causas, o que prejudica a sua força pedagógica e de exemplo para as demais decisões. As empresas seguradoras e congêneres tentam de sua parte impedir que tais causas sejam levadas aos Tribunais, propondo acordos, pois lucram com a passividade da maioria dos consumidores, que se submetem a estas cláusulas as imaginando legais e não abusivas frente ao C.D.C. Da mesma forma tornam-se litigiosas as doenças preexistentes,²⁴ também excluídas por previsão contratual, mas de desconhecimento do consumidor leigo (caso

de boa-fé subjetiva). Como as empresas de praxe não exigem exames médicos detalhados para a inclusão dos consumidores, prevalece a presunção de boa-fé do consumidor.²⁵ Se realizaram os exames e aceitaram o consumidor em suas condições, aceitaram implicitamente cobrir suas doenças, caso não haja previsão contratual sobre as condições especiais de aceitação do consumidor.

2. Cláusulas Referentes a Segurança e Previsibilidade na Prestação Futura

Três tipos de cláusulas devem aqui ser destacadas: as cláusulas limitativas da responsabilidade do organizador do plano pelos serviços efetivamente prestados, cláusulas limitadoras das prestações contratuais ou dos gastos reembolsáveis, cláusulas referentes às carências.

No caso das cláusulas limitadoras da responsabilidade do organizador do plano, a jurisprudência começa a estabelecer casos de solidariedade implícita entre o intermediador, seguradora no sistema de reembolso e livre-escolha, e os prestadores de serviços, uma vez que o intermediador atua também como organizador indireto dos serviços conveniados efetivamente utilizados pelo consumidor e incentiva a utilização destes serviços conveniados. Quanto às cláusulas limitadoras das prestações contratuais, em especial as que referem-se a utilização das Unidades de Tratamento Intensivo por determinados números de dias ou horas, a jurisprudência é pacífica no sentido de sua abusividade, uma vez que tratam-se de casos graves e no mais das vezes imprevisíveis e incontroláveis (por exemplo, face ao perigo de reiteradas paradas cardíacas), não podendo o consumidor ser removido, sem perigo a sua saúde; devendo a internação nestes casos ser total, isto é, no tempo necessário para cada caso, de acordo com a determinação médica.²⁶

As cláusulas referentes às carências interessam a defesa do consumidor, uma vez que limitam a eficácia do contrato, subordinando esta eficácia ou parte dela à passagem de determinado período de tempo. A cláusula referente à carência apresenta um grande potencial abusivo, pelo desequilíbrio entre direitos e obrigações das partes no contrato, que causam. A cláusula fixando as carências deve, portanto, ser desta-

cada no corpo do contrato, como prevê o art. 54 § 3º do C.D.C., uma vez que é cláusula limitadora do direito de uso imediato do plano (limitação quanto à eficácia do contrato) e deve, principalmente, ser informada de forma prévia para o consumidor. Só com estes cuidados especiais terá o fornecedor cumprido com o seu novo dever de informar clara e adequadamente o consumidor antes da conclusão do contrato, assegurando ao consumidor a possibilidade de escolher e comparar os planos e serviços de saúde oferecidos no mercado brasileiro. A cláusula referente à carência pode também constituir uma cláusula abusiva, quando, por exemplo, é de tal natureza que surpreende o consumidor, constituindo uma cláusula surpresa. Assim, por exemplo, em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, considerou-se abusiva cláusula que previa a reabertura do prazo de carência caso houvesse um atraso no pagamento da mensalidade.²⁷ Da mesma forma, a carência pode ser considerada abusiva pelo simples fato de sua desproporcionalidade ou irrazoabilidade (art. 51, inciso I do C.D.C.).²⁸

II – REGIME PROJETADO PARA OS PLANOS E SEGUROS PRIVADOS DE SAÚDE EM CASO DE APROVAÇÃO DOS ATUAIS PROJETOS DE LEI, EM ESPECIAL DO SUBSTITUTIVO DO PL 4.425/94

Segundo levantamentos de 1992, 22% da população brasileira estaria ligada a algum tipo de serviço privado de saúde em grupo, sendo que destes 47% utilizavam a medicina de grupo, 16% o sistema de autogestão, 25% as cooperativas e só 8% os seguros-saúde *stricto sensu*. Os Planos de Assistência Médica ou Planos de Medicina em grupo são, portanto, os mais procurados, enquanto as duas modalidades de seguro-saúde, o das cooperativas e o de reembolso atingem somente 31% dos cliente potenciais.

Os Planos de Medicina em grupo utilizam-se de uma forma contratual mais benéfica ao consumidor, que é a dos contratos de Assistência médica, possuindo rede própria de hospitais e laboratórios e, portanto, responsabilizando-se pela qualidade dos serviços prestados diretamente. Já as prestadoras de seguro-saúde, em especial as na forma de reembolso, vêem o reem-

bolso das quantias pagas como seu principal dever contratual, desonerando-se quanto aos erros no atendimento médico direto, mas tendo que submeter ao controle da SUSEP e a certas exigências formais, como a integralizar o capital, a constituir reservas técnicas para o pagamento das indenizações e prêmios. O Substitutivo do Projeto de Lei 4.425/94, por exemplo, que tramita atualmente no Senado Federal desconhece estas diferenças e propõe regular todos os contratos de planos e seguros privados de saúde de forma unitária, aproximando todos estes contratos aos contratos de seguro, desonerando de certa forma as empresas que trabalham com o sistema de medicina em grupo em forma de contratos de prestação direta de serviços de saúde. Neste sentido cabe uma análise, mesmo que sucinta, do campo de aplicação do referido projeto (A), assim como das principais modificações propostas por este substitutivo e outros projetos de conteúdo semelhante (B).

A – Campo de Aplicação

O art. 1º do substitutivo do Projeto de Lei nº 4.425/94, aqui denominado simplesmente de PL 4.425/94, esclarece que, sem prejuízo da aplicação da legislação específica já existente, pretende regular as atividades das sociedades seguradoras, das empresas de medicina em grupo, das cooperativas de serviços médicos, das entidades ou empresas de autogestão ou intermediação de serviços, bem como de cobertura de risco de assistência à saúde.

O parágrafo 1º do art. 1º do Projeto de Lei nº 4.425/94 traz a definição legal do que entende por “assistência à saúde”: “assistência médica, ambulatorial, hospitalar, preventiva, odontológica, farmacêutica e outras consideradas à proteção e à manutenção da saúde, a juízo de profissionais legalmente habilitados...”

O parágrafo 2º do art. 1º do Projeto de Lei nº 4.425/94 esclarece a intenção do Projeto em reduzir todos os contratos de “assistência à saúde” na categoria de seguros do Dec. 73/66, art. 129 e 135, isto é, seguros envolvendo reembolso das quantias pagas ou envolvendo prestação direta de serviços médicos através de redes conveniadas de prestadores diretos. O parágrafo 2º do art. 1º do Projeto de Lei dispõe que as referidas empresas poderão: “I- Nos planos privados

de assistência à saúde, manter serviços próprios, credenciar pessoas físicas ou jurídicas legalmente habilitadas e reembolsar o beneficiário das despesas decorrentes de eventos cobertos pelo plano; II- Nos seguros privados de assistência à saúde, tão só reembolsar o segurado, ou ainda, pagar por ordem e conta deste, diretamente aos prestadores livremente escolhidos pelo segurado, as despesas advindas de eventos cobertos nos limites da apólice”.

O art. 1º do Projeto de Lei nº 4.425/94, portanto, estabelece um amplo campo de aplicação atingindo todos os serviços de medicina em grupo, autogestão, de planos de saúde e dos hoje denominados seguro-saúde. Divide-os em dois tipos, os de assistência médica direta (inciso I) e os de seguro ou reembolso indireto (inciso II), divisão esta que terá prováveis reflexos quanto à responsabilização solidária ou não das empresas pelos erros dos médicos, hospitalares, erros na prestação de serviço direta.²⁹ Ao igualar todos estes contratos como submetidos a esta lei, submete estes -hoje- três tipos de contratos envolvendo prestação de serviços médicos a um regime único, muito semelhante ao regime dos seguro-saúde atuais, como veremos a seguir.

A transformação destes planos, contratos de prestação de serviços de medicina em grupo, de serviços de autogestão e de seguro-saúde na opção reembolso ou prestação de serviços pré-pagos em uma categoria única de novos seguros, denominada de planos privados e seguros privados de assistência à saúde, parece-me, no primeiro exame, não ser positiva para os consumidores. O benefício só existiria se o regime a ser imposto pelo Projeto de Lei 4.425/94 assegurasse maior segurança, melhor cobertura dos riscos envolvendo saúde, maior previsibilidade e qualidade dos serviços prestados, significando assim um avanço na proteção contratual dos consumidores e não um retrocesso, como parece estar acontecendo. Cabe, portanto, o exame, ainda que sucinto, do regime proposto no Projeto de Lei em questão.

B – Normas principais

1. Sujeição ao Controle da SUSEP

Seguindo sua linha de transformar em seguro ou, pelo menos, submeter ao regime dos se-

guro-saúde todos os planos, seguros e sistemas de autogestão em matéria de assistência à saúde e medicina em grupo, o referido Projeto de Lei de 1994 estabelece em seu art. 4º que a SUSEP — Superintendência de Seguros Privados — será o órgão controlador das empresas que oferecerem estes planos e seguros privados de saúde. A SUSEP contará com o apoio e a orientação do CNSP — Conselho Nacional de Seguros Privados, criado pelo Decreto-Lei nº 73/66. Junto ao CNSP deverá haver registro (art. 2º do Projeto de Lei) e controle específico destas empresas para a manutenção (ou não) deste registro (art. 3º do Projeto de Lei). A infração ao Código de Defesa do Consumidor e à própria lei serão consideradas como motivos para o cancelamento do registro a ser decidido pelo CNSP (art. 2º § 4º do Projeto 4.425/94).

Apesar de bem vindo o controle do Estado sobre estas atividades, restam, porém, dúvidas se este controle poderá efetivamente ser realizado em nível nacional com os poucos recursos e pessoal destinados a este órgão. Se o controle não for rigoroso e efetivo, tende a desmoralizar-se como tem acontecido em outras áreas, onde o controle legalmente previsto é meramente formal, uma vez que seu efeito prático será escasso ou nenhum para a proteção dos consumidores, exigindo, portanto, o controle *a posteriori* pelo Judiciário. O controle por um órgão que não conta com a participação legitimadora de médicos ou dos consumidores e somente das empresas interessadas e suas confederações pode levar a decisões contrárias aos interesses dos cidadãos, teoricamente aqueles que deveriam ser protegidos por este controle.

2. Criação de um Plano ou Seguro Padrão e Segurança Mínima do Consumidor

A alteração legal que maior esperanças trouxe ao setor, foi a inclusão no art. 5º e 6º do Projeto de Lei de um Plano ou Seguro Padrão. Este deveria ser oferecido necessariamente a todos os consumidores e estabeleceria regras mínimas sobre a qualidade e as prestações de serviços de saúde asseguradas ao consumidor. Ocorre que o art. 6º § 1º do Projeto de Lei permite que sejam oferecidos e contratados no mercado planos e seguros cujas prestações sejam menores do que as do Plano Padrão. Logo, este plano não

é obrigatório ou mínimo, servindo apenas como um Plano a mais que deverá ser oferecido ao consumidor.

O Plano Padrão, como assegura o tratamento a doenças crônicas, congênitas e mesmo infecciosas³⁰, assim como um tempo mínimo de internação hospitalar de 60 dias e uma adequada qualidade e conforto na internação³¹, poderá ser um dos planos mais caros oferecidos por uma seguradora. Resta a dúvida se, não caracterizando o plano mínimo oferecido pela seguradora ou grupo, o Plano Padrão — na prática mais caro que os outros — realmente será utilizado pelo consumidor.

O Projeto de Lei em questão trata quase que exclusivamente deste Plano Padrão, tentando retirar as atuais práticas e cláusulas abusivas. Não se tratando, porém, de plano mínimo e de cumprimento obrigatório pelas seguradoras e empresas de medicina em grupo que trabalham no mercado brasileiro, creio que este tão discutido Plano Padrão n. 50 trará maiores vantagens para o consumidor brasileiro. Ao contrário, assim como está redigido o Projeto de Lei 4.425/94, reforçará ele a liberdade contratual total neste setor. Fora o Plano Padrão todos os outros poderão prever quaisquer exclusões, limites, aumentos por idade e carências, agora apoiados por autorização legal a contrário. Por força de lei posterior ao C.D.C. poderão os contratos prever todos os limites e exclusões desejados pelo fornecedor de serviços, que redige o contrato de adesão, desde que não seja no Plano chamado de Plano Padrão. O efeito poderá portanto, ser devastador, transformando em lei, em norma jurídica, práticas hoje consideradas abusivas pelo C.D.C. e pela jurisprudência brasileira.

Também quanto ao cumprimento do contrato conforme a boa-fé, nem o plano padrão previsto, parece estar consciente deste dever do fornecedor de serviços. Em seu art. 5 parágrafo único letra "d" prevê o Plano Padrão a cobertura integral para o filho recém-nascido. Para tanto, porém, fica o consumidor adstrito a inscrever o nascituro um mês antes de seu nascimento previsto, já como seu dependente, devendo obviamente pagar sua mensalidade, sem saber se a criança viverá ou não. Tal regra contraria os deveres básicos de cooperação entre contratantes, pois é claro que o consumidor deseja e espera a cobertura integral de seu filho por nascer como

seu dependente, mas este fato ainda não ocorreu e a exigência legal é exagerada. Imagine-se que o nascimento seja prematuro, neste caso o consumidor não terá ainda inscrito seu "nascituro" como tal, pois o faria somente um mês antes de seu nascimento e ficará assim sem poder cumprir a norma legal e totalmente sem proteção legal ou contratual. Cooperar é não impedir a execução esperada e harmoniosa do contrato, é não impor barreiras maliciosas ao contraente, barreiras que agora teriam base em lei!

O referido projeto de norma legal dificulta de tal maneira a inclusão do filho recém-nascido no plano ou seguro, que se fosse uma cláusula contratual normal, seria considerada pela jurisprudência como contrária a boa-fé, logo, abusiva, seja pelo direito tradicional, seja pelo C.D.C. Aqui, porém, se trata de um projeto de norma legal e as normas não podem ser "abusivas", normas são aplicáveis ao caso concreto (a depender do campo de aplicação da lei) ou não aplicáveis (por diferenças no campo de aplicação ou por conflitos de leis no tempo), ou, no máximo, inconstitucionais (por conflito com a Constituição).

Registre-se, portanto, o perigo de, ao regular por lei este Plano Padrão, instituir em lei práticas abusivas e cláusulas abusivas, que passarão a integrar o regime legal dos planos e seguros de saúde, prejudicando ainda mais os consumidores e renovando o trabalho do Judiciário, que já decidia pacificamente em sentido contrário. Tais normas desequilibram as relações contratuais privadas mais do que as cláusulas eventualmente abusivas e, portanto, violam os interesses e direitos dos consumidor já protegidos por lei e pela Constituição Federal (art. 5 XXXII). Chegamos ao ponto de afirmar que melhor seria que estas práticas e cláusulas continuem somente previsões contratuais abusivas, submetidas ao controle reequilibrador do C.D.C., do que incluídas em autorizações legislativas de origem e razoabilidade duvidosas.

3. Autorização Legal para Estipular Livremente Carências, Franquias e Limites Financeiros

O art. 8º do referido Projeto de Lei prevê ainda a faculdade do fornecedor de serviços de as-

sistência à saúde estipular carências de todos os tipos, sem qualquer limite temporal. O único limite é dado pelo parágrafo único do próprio artigo 8º ao dispor que "o prazo de duração do contrato será, no mínimo, o dobro do tempo da maior" das carências contratualmente previstas. Este limite pode desestimular, de certa forma, a estipulação de carências longas, pois se para um parto a carência pode ser de 3 anos, o contrato deveria ter uma duração obrigatória de 6 anos.

A norma, porém, não regula a possibilidade de reabertura das carências, instrumento geralmente usado pelo fornecedor para compelir o consumidor a uma prestação regular e difícil, sob pena de reabrir determinadas carências e deixar sem cobertura os eventos de saúde que estão ocorrendo no momento. Esta insegurança e o uso abusivo das carências deveria ser regulado em lei. A lei age exatamente no sentido inverso, autorizando a estipulação de qualquer carência e, com seu silêncio, autorizando a reabertura dos prazos das carências contratuais como forma de pressão constante contra o consumidor. Neste sentido, o projeto não merece apoio e deve ser melhorado.

Uma vez que o projeto de Lei transforma todos os planos e sistemas atuais de assistência médica em grupo em seguros, deveria também ter a coragem de impor prazos máximos de carências em lei, sendo assim, uma vez cumprida a carência em um dos planos "legalmente autorizados", estas carências deveriam ser aceitas em outros planos ou seguros privados, coordenando a lei o repasse interno entre as empresas dos valores. Esta medida sem dúvida aumentaria a concorrência — pela qualidade — das empresas do setor e marcaria de maneira forte o controle do Estado para que o consumidor não seja mais um joguete entre planos, carências, rescisões e renovações contratuais, como está acontecendo hoje em dia.

O art. 8º do Projeto de Lei autoriza igualmente a estipulação de limites financeiros para o reembolso das quantias pagas e limites quanto às franquias concedidas contratualmente aos consumidores para o uso livre. O exato conteúdo contratual ficará assim a cargo exclusivo do fornecedor, principalmente se estes limites financeiros forem indexados, com o uso de indexador próprio das empresas ou das entidades médicas. Uma vez que o projeto de Lei silencia sobre

a possibilidade de modificação destes limites financeiros e franquias durante a execução do contrato, que é naturalmente de longa duração, cabe lembrar a proibição prevista no C.D.C., art. 51 inciso XIII, de cláusulas que permitam a variação unilateral do conteúdo do contrato, uma vez que tais cláusulas são abusivas e nulas.

4. Autorização Legal para Majorações do Preço por Idade e Conflito Quanto às Renovações Contratuais

Por fim cabe mencionar, outra prática abusiva do mercado que passará a ser autorizada por lei. O Projeto em questão faculta em seu artigo 9º de forma genérica qualquer a majoração das prestações ou contribuições, mencionando especificamente que esta majoração também poderá ocorrer com base apenas na idade que atingiu o segurado ou consumidor. Tal norma desconsidera totalmente quantos anos o consumidor está contribuindo para este plano ou seguradora, desconsidera suas expectativas de segurança e previsibilidade do serviço e permite que, no momento em que mais necessita destes serviços e da transferência para o sistema de seguros dos seus riscos de saúde, venha a ter seu valor majorado de forma que venha a deixar o sistema e perder esta segurança. O Projeto silencia sobre o valor máximo da valoração, autorizando-a simplesmente. Se o aposentado, que agora onera este sistema para o qual contribuiu durante anos, talvez sem utilizá-lo, não se retirar em virtude da autorizada majoração das contribuições, a omissão do Projeto de Lei permite ainda que a relação contratual termine ao fim do prazo do contrato, uma vez que a renovação não foi regulada em lei. Apenas a denúncia unilateral pelo fornecedor de serviços, durante o prazo do contrato fica proibida pelo art. 7º do Projeto.

De resto, continuarão litigiosas as renovações unilaterais impostas pelos fornecedores com modificação do conteúdo contratual, as decisões de não-renovação contratual de pessoas idosas, e todas as demais exigências contrárias à boa-fé, hoje usadas, na tentativa de impedir a utilização por estas pessoas mais idosas dos serviços oferecidos e contratualmente acertados. Neste sentido, não inova o projeto e nem melhora a proteção das expectativas dos consumidores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previsão em Projeto de Lei de tais normas legais traz à luz perguntas importantes nos dias de hoje, em que se imagina um neo-liberalismo total, onde o Estado é substituído por empresas em suas funções essenciais, tais como assegurar saúde, educação e segurança aos seus cidadãos e opta por um controle descompromissado, por vezes fictício de tais responsabilidades transferidas. Estas perguntas revelam a grande insegurança jurídica do momento que vivenciamos e podem ser assim resumidas: É possível revogar um princípio legal, intrínseco ao um sistema jurídico, como o da boa-fé nas relações privadas, através de simples norma ordinária? Podem normas legais, elaboradas sob o interesse de determinados grupos econômicos e agentes no mercado, realmente autorizar a atuação conforme a má-fé objetiva, na esperança de prejudicar o co-contratante que, por exemplo, esquecerá de inscrever seu filho exatamente um mês antes do nascimento ou simplesmente não poderá fazê-lo por acaso da natureza? Basta estipular por lei um caso de abuso do direito e este potencial abusivo desaparece, tornando-se jurídica a atuação objetivamente abusiva? Será possível submeter o Judiciário e os aplicadores da lei a dar aplicação e eficácia a estas novas normas legais, mesmo se contrárias aos princípios de nosso sistema, aos próprios princípios constitucionais da atividade econômica (art. 170 CF/88) e aos direitos básicos do cidadão (art. 5XXXII CF/88)?

São perguntas difíceis, que tenho certeza serão respondidas a contento pelo Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal. Renovo somente a importância de um retorno ao estudo do sistema, à filosofia do direito e à procura da justiça para o caso concreto. É necessário dar destaque aos valores e princípios mestres como linhas básicas do direito, sob pena de, nestes tempos pós-modernos, desmoralizar-se a ciência do direito, que não saberá dar respostas justas para os casos mais simples, tão grande é o número de leis casuísticas e os interesses em conflito no caso concreto. Os princípios positivados no Código de Defesa do Consumidor podem ajudar neste caminho, oxigenando nosso direito civil e garantindo efetividade aos princípios constitucionais. Em resumo, o direito e

as leis devem servir à justiça e à harmonia social e não somente à economia e aos interesses momentâneos.

NOTAS DE REFERÊNCIA

- 1 Versão atualizada do trabalho apresentado no I Congresso Mineiro do Consumidor - Saúde e Qualidade, dia 17 de maio de 1996, em Belo Horizonte, organização BRASILCON/MG e Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
- 2 Assim Bourgoignie, Thierry, En guise de conclusion — Les relations patients-medecins de demain, in: Actes des Villes Journées du droit de la consommation des 6 a 7 de décembre 1993, INC HEBDO/866, 1994, p. 82.
- 3 Assim também Gherzi, Carlos Alberto, Contrato de Medicina prepaça, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 201.
- 4 Veja sobre o tema o nosso artigo "A abusividade nos contratos de seguro-saúde e de assistência médica no Brasil", in: Revista AJURIS 64, p. 34-77.
- 5 Preferimos esta denominação à denominação usada na Argentina, qual seja de contratos pós-modernos, veja Gherzi, La Posmodernidad Jurídica - Una discusión abierta, Ed. Gowa, Buenos Aires, 1995, p. 45ss. Contratos cativos de longa duração são contratos de massa envolvendo serviços especiais e complexos renováveis no tempo, envolvendo uma série de fornecedores ou cadeia de fornecedores diretos e indiretos e que acabam por criar uma espécie de catividade ou dependência do consumidor para futuros contratos, futuras prestações ou mesmo para atingir o objetivo contratual postergado no tempo. Exemplos destes contratos são os contratos bancários ou financeiros que formam a relação banco-cliente/banco-cliente especial, os contratos de previdência privada, os contratos de uso de cartão de crédito, os seguros em geral, os serviços de organização e aproximação de interessados, como os fornecidos pelas empresas de consórcio e imobiliárias, os serviços de informação e lazer por cabo, telefone, televisão, computadores, assim como os serviços públicos ou privatizados de fornecimento de água, luz, telefone, e também os aqui mencionados contratos de seguro-saúde e de assistência médico-hospitalar ou de medicina em grupo.
- 6 Veja o nosso Contratos no Código de Defesa do Consumidor — O novo regime das relações contratuais, 2.ed., Revista dos Tribunais, 1995, p. 57ss.
- 7 Sobre a boa-fé nas relações de consumo e a cláusula geral de boa-fé do art. 51, inciso IV do C.D.C., veja Aguiar Jr., Ruy Rosado de, A Boa-fé na relação de consumo, in: Direito do Consumidor, vol. 14, p. 20ss.
- 8 Sobre a boa-fé como regra (objetiva) de conduta nas relações contratuais e no C.D.C., veja Junqueira de Azevedo, Antonio, A boa-fé na formação dos contratos, in: Direito do Consumidor, vol. 3, p. 78ss.
- 9 Assim tb. Junqueira, ob.cit., p. 84s.

- 10 Estes deveres de conduta originários da boa-fé são denominados de *Nebenpflichten*, deveres anexos ou deveres laterais pela doutrina alemã, veja Larenz, Karl, Schuldrecht, I, Beck, 1991, p. 26ss e Couto e Silva, Clóvis, A obrigação como processo, Bushatsky, 1976, p. 111ss, que os denomina "deveres secundários".
- 11 Ap. 240.429-2/6, 16.C. j. 25-10-94, Rel. Des. Pereira Calças, in: RT 719/129.
- 12 Sobre o inadimplemento dos deveres anexos ou deveres laterais de conduta nos contratos, veja Emmerich, Volker, Das Recht der Leistungsstörungen, 3.Ed., Beck, Munique, 1991, p. 214ss ou a nossa obra, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, ob. cit., p. 78ss.
- 13 Veja decisão do TJSP sobre a falha na informação sobre carências e a obrigação de cumprir o informado suportando os gastos de "pequena cirurgia", in: RT 721/128. O Relator pondera: "No caso concreto existem dois aspectos a serem considerados. Em primeiro lugar a informação enganosa prestada à ré pela empresa Magnum, que intermediou a contratação. A prova oral mostra que à ré foi dito que, cuidando-se do seu reingresso como segurada, seriam dadas certas vantagens, entre elas a inexistência de carência para pequenas cirurgias. Incide a regra do art. 30 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Se a curetagem é ou não cirurgia de pequeno porte, constitui questão técnica, mas aos olhos do leigo, tanto mais que a internação foi de apenas um dia, parece que é."
- 14 Veja a este respeito decisão exemplar do Juiz Roberto de Abreu e Silva, 10ª Vara Cível, Rio de Janeiro, que incluiu o tratamento a portadores do vírus da AIDS, mesmo havendo cláusula excluindo o tratamento de "epidemias", tendo em vista as informações prestadas pelos vendedores e promotores de vendas, assim como pela publicidade veiculada, que modificaram o conteúdo contratual, in: Direito do Consumidor, vol. 16, p. 202ss.
- 15 Exemplo da força vinculatória da publicidade e prospectos entregues pode ser observado no Acórdão da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ap. Civ. 592022826, j. 15/04/92: "Plano de Saúde. Não pode a seguradora negar-se à modificação da cobertura médico-hospitalar ainda que para diminuí-la, bem como as prestações mensais devidas pelo segurado, desta prevista a faculdade no manual por ela fornecido. Devolução das diferenças em dobro [Código do Consumidor, art. 42 Parágrafo único e devidamente corrigidas desde a data da alteração pretendida." E esclarece o Des. Ivo Gabriel da Cunha, p. 04: "O autor viu-se na contingência de pagar o exigido ou perder o seguro avençado" .. "Ora, depois do Código do Consumidor, esse tipo de posição não é mais sustentável: o que está na publicidade obriga o contratante."
- 16 Veja decisões sobre o inadimplemento da empresa OMINT no tratamento de paciente de AIDS, in: RT 721/113 e RT 719/123. No acórdão de 26.6.95 da 1ª Câmara do TJSP (ap. 248.120-2/4) esclarece o Relator: "...a testemunha ouvida, às fls., esclareceu que a representante da apelante foi identificada de fato de ser o apelado soropositivo HIV+ e que, mesmo assim, informou não haver restrição à sua admissão, exceção feita à carência, tendo sido a representante quem fez a anotação na proposta. Assim, na forma do art. 47 (do C.D.C.), as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Dessa maneira, ao aceitar a apelante a proposta de admissão do apelado ao plano, pactuou-se que o apelado, por ser portador do HIV+ deveria respeitar a carência contida no manual. Esta a única ressalva ao atendimento ao apelado." (RT 721, p. 114).
- 17 Veja utilização semelhante do art. 46 e art. 47 do C.D.C. para retirar do vínculo obrigacional cláusula não informada convenientemente antes da assinatura do contrato, na decisão do 1º Tribunal de Alçada de São Paulo, Rel. Juiz Lobo Júnior, de 26.7.94, in: Revista Direito do Consumidor, vol 14, p. 172s.
- 18 Os autores portugueses denominam este dever de dever de proteção, veja Menezes de Cordeiro, António Manuel da Rocha e, Da Boa-Fé no Direito Civil, Almedina, Coimbra, 1984, p. 610.
- 19 Bom exemplo neste sentido é o art. 42 do C.D.C., onde o dever de cuidado com o parceiro contratual vem positivado, exigindo na cobrança de dívidas redobrado cuidado, lealdade e respeito com o consumidor. A violação deste dever de cuidado é punida com a devolução em dobro do indébito. (art. 42, parágrafo único do C.D.C.).
- 20 Veja detalhes sobre o dever de cuidado, em nosso Contratos, ob. cit., p. 87s.
- 21 Neste sentido a decisão do TJSP, interpretando como coberto pelo contrato novo tipo de exame de medicina nuclear, face às recusas da seguradora de autorizar tal exame, pretendendo vender plano mais dispendioso, veja in: RT 716/170, com a seguinte ementa: "Apóiar recusa de exame de ressonância magnética solicitado por médico que faz parte do corpo clínico do convênio de assistência médica-hospitalar, a que pertence o conveniado, na omissão do contrato, é, no mínimo, utilizar de sofisma para coagir o associado a renunciar ao plano antigo e aderir aos novos e mais dispendiosos programas de assistência médica, refletindo conduta conflituante com padrões éticos exigíveis na espécie."
- 22 Veja neste sentido o parecer de Galeno Lacerda sobre contratos que permitem a utilização de médicos no exterior e de outro lado tentam limitar este tipo de serviço submetendo-os às regras brasileiras, in: RT717/117s.
- 23 Nesse sentido decisão do TJRS, de 22-10-91, Ap.C. 59105981, 6.C. Rel. Des. A. Libório Barros: "Assistência Médica. Plano de Saúde. Ressarcimento de Despesas. Descabe, por parte da entidade de assistência médica, a alegação de que o atendimento deus em unidade hospitalar não credenciada e que o

- beneficiário deixou de comunicar. Impõe-se, pelas circunstâncias fáticas e pela interpretação do contrato, o ressarcimento das despesas efetuadas. Incluindo-se, aí, despesa com tomografia computadorizada."
- 24 Veja protesto do Deputado José Pinotti na audiência pública de 18/04/96, CFT N.0244/96, p. 23: "[O Plano exclui] também as doenças preexistentes. Pode-se provar muito facilmente que uma mulher com câncer de mama, que assinou um seguro-saúde há dois anos, já tinha o câncer há cinco anos, porque é verdade. O câncer de mama leva dez anos antes de aparecer como um tumor de dois centímetros. Portanto, esse plano é um absurdo..."
- 25 Veja o regime desta cláusula bastante comum, no nosso artigo na Revista AJURIS 64, p. 64ss.
- 26 Veja decisão do TJSP citando a jurisprudência acentada, in: RT 723/346ss.
- 27 Ap. Civ. 592088512, 3ª C.Civ., 30-9-92, Rel. Des. João Loureiro Ferreira e Ap. Civ. 5 9201077, 2ª Câm. Cível, Relator Des. Ivo Gabriel da Cunha, não publicadas.
- 28 Assim decisão do TJSP de 25.5.95, Ap. 263.362-2/8, 10.C, Rel. Des. Borelli Machado, reproduzida in: RT 721/127, com a seguinte ementa: "A figura da abusiva a fixação do período de carência para pequenas cirurgias e, não tendo o convênio de assistência médico-hospitalar produzido prova alguma que justificasse o prazo tão alargado, aplica-se o art. 51, I do C.D.C.".
- 29 Sobre a eventual responsabilidade solidária veja nosso artigo in AJURIS 64 e o artigo de França, Geraldo Veloso de, O Código do Consumidor e o exercício da medicina, in: Revista Direito do Consumidor, vol. 13, p. 56ss.
- 30 Veja art. 5º do Projeto de Lei nº 4.425/94, o qual exclui as doenças preexistentes à assinatura do contrato(I), tratamentos estéticos (III e V), inseminação artificial (IV), transplantes (VIII), tratamentos odontológicos (X), as calamidades e as epidemias (inciso XII).
- 31 Veja Parágrafo único do art. 5º do Projeto de Lei nº 4.425/94.

Sobre la Existencia de Una Familia Jurídica Latinoamericana

DIEGO P. FERNANDEZ ARROYO

Universidad Complutense de Madrid

Professor correspondente e co-orientador do

Grupo de Pesquisas do Deptº de Direito Público e Filosofia do Direito.

Coordenado pela Profª Claudia Lima Marques, UFRGS

SUMARIO

I — Introducción; II — Ubicación del "Derecho latinoamericano" en las Clasificaciones Tradicionales del Derecho Comparado: 1. El "Derecho Latinoamericano" Como Rama Diferenciada de la Familia Jurídica Romano-Germánica; 2. La "Originalidad" del Derecho Latinoamericano; III — Revisión de la Cuestión a la Luz de Una Concepción Funcional del Método Comparativo: 1. Perspectiva Funcional de la Actuación del Método Comparativo; 2. La Búsqueda de los Elementos Esenciales del Ordenamiento Mediante una Aproximación Compleja; 3. Método Comparativo Funcional, Clasificación de Familias Jurídicas y "Derecho Latinoamericano"; IV — A Modo de Conclusiones.

I — INTRODUCCION

1. En otras oportunidades, al ocuparnos de un tema tan concreto como es la codificación del Derecho internacional privado en América Latina, hemos hecho ya alusión a la cuestión que ahora tratamos¹. Allí, los respectivos desarrollos tenían una finalidad evidentemente explicativa aunque no por ello meramente referencial. Particularmente parecía importante desentrañar si los mecanismos de producción jurídica relativos a un sector específico y las relaciones reciprocas entre ellos, se veían de algún modo condicionados o diferenciados por el hecho de operarse dentro de una familia jurídica determinada. Desde esa perspectiva pudimos concluir que la idea central de la gran mayoría de los desarrollos teóricos comparativos, que pasaba por la reducción de los ordenamientos jurídicos a determinados tipos (familias jurídicas), choca contra los elementos particulares que presentan las distintas ramas del Derecho. Entre otras razones, porque cabe aceptar con alcance general que cada rama — dentro de un mismo ordenamiento — esta marcada por principios e influencias diferentes y que, por lo tan-

to, resulta prácticamente imposible acceder a una clasificación global plenamente satisfactoria².

No obstante ello, sin dejar de tener en cuenta esas conclusiones y siguiendo amables sugerencias, hemos de detenernos en el presente trabajo precisamente en la solvencia de los planteamientos referidos a la existencia de una familia jurídica latinoamericana. A tal fin consideramos pertinente seguir el hilo de algunos intentos clasificadores relevantes, tomando en cuenta la variación fundamental producida en la actuación del método comparativo desde los postulados más clásicos hasta su modernización "funcional"; es decir, distinguiendo dos corrientes básicas según el carácter de los elementos que se utilizan y la aptitud para captar la globalidad del ordenamiento jurídico de cada Estado³. Podrá intuirse rápidamente que a partir del tratamiento de la cuestión en el ámbito concreto definido, se acercarán argumentos más generales para una comprensión de la utilidad del método comparativo y de la trascendencia de la clasificación de los ordenamientos jurídicos en familias.